

A ATUAÇÃO PREVENTIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO – ASPECTOS TEÓRICOS E PRÁTICOS

Rodrigo Otávio Mazieiro Wanis¹

RESUMO: O artigo tem como objeto a demonstração da necessidade da priorização da atuação preventiva do Ministério Público na defesa do patrimônio público, em razão da natureza jurídica fundamental difusa dos bens e direitos tutelados e da ineficácia empírica da atuação eminentemente repressiva e demandista. Tal mudança de paradigma pode ser implementada por meio dos instrumentos administrativos de que dispõe o MP, os quais serão tratados por uma breve noção teórica, seguida de alguns aspectos práticos, pautados pelo princípio da eficiência.

PALAVRAS-CHAVE: Ministério Público. Patrimônio público. Ineficácia. Repressão. Priorização. Prevenção.

ABSTRACT: *The object of this article is to demonstrate the need to prioritize the preventive action of the Public Prosecutor's Office in the defense of public assets, due to the diffuse fundamental legal nature of the protected goods and rights and the empirical ineffectiveness of the eminently repressive and demanding action. Such a paradigm shift can be implemented through the administrative instruments available to MP, which will be treated by a brief theoretical notion, followed by some practical aspects, guided by the principle of efficiency.*

KEYWORDS: *Public Prosecutor's Office. Public property. Ineffectiveness. Repression. Prioritization. Prevention.*

1. INTRODUÇÃO

A partir da complexidade e dinamismo das relações e demandas sociais e considerando-se o atual estágio de desenvolvimento dos direitos fundamentais e da estrutura e funcionamento do Ministério Público Brasileiro, a manutenção de um modelo de atuação ministerial de tutela do patrimônio público, da

¹ Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais. Doutorando em Estado de Derecho y Gobernanza Global, pela Universidade de Salamanca (USAL) e em Direito de Estado, pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Estrategias Anticorrupción y Políticas de Integridad, pela USAL, reconhecido como Mestre em Direito Público, pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Pós-Graduado em Direito Anticorrupção, pela Universidade Estácio de Sá e em Direito Privado, pela Universidade Cândido Mendes

probidade administrativa e da boa governança pública que se apresenta prioritariamente repressivo-demandista é anacrônica, comprovadamente ineficaz e, portanto, inadmissivelmente incompatível com a missão estampada no art. 129, III, da Constituição da República de 1988.

A concepção de um sistema normativo destinado à suficiente tutela desses direitos difusos deve considerar, inexoravelmente, a natureza jurídica humana e fundamental de seu objeto de tutela, a fim de propiciar aos seus destinatários sua máxima efetividade, por meio de medidas preventivas e repressivas que concretizem eficientemente o que foi estabelecido em seu epicentro que é a Constituição da República de 1988.

O modelo clássico e ainda prevalente de tutela prioritariamente repressiva e demandista (judicializante) do patrimônio público levado a efeito pelo Ministério Público, sob a sistemática da Lei de Improbidade Administrativa, conquanto impulsionado, até muito recentemente, pela inflexibilidade dos princípios da indisponibilidade do interesse público e da obrigatoriedade, bem como pela ausência de meios alternativos de resolução de conflito sancionador normatizados, é manifesta e empiricamente ineficaz, gerador de uma verdadeira “*Crise da Justiça*”.

Por essas razões, somadas às sensíveis alterações produzidas pela Lei n. 14.230/2021 no texto da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.492/92), que arrefeceram o alcance e os efeitos da mais significativa norma extracriminal anticorrupção nacional, exsurge a premente necessidade de se implementar um modelo de atuação que, sem abrir mão da imprescindível repressão, priorize, estratégica e metodologicamente a prevenção aos danos como novo paradigma da justiça e reforce o papel do Ministério público na construção de políticas de prevenção aos ilícitos.

2. FUNDAMENTOS PARA TEÓRICOS, NORMATIVOS E PRAGMÁTICOS DA ATUAÇÃO PREVENTIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

São três os fundamentos para a mudança do clássico modelo de repressivo e judicializante do Ministério Público na defesa do patrimônio público para a atuação preventiva: teórico; normativo e pragmático.

Sob o ponto de vista teórico, o que direciona a postura ministerial para a priorização da prevenção ao ilícito contra a coisa pública é a necessidade transformação da Instituição ao relativamente novo modelo de administração pública, nominado Nova Governança Pública, mais adequado ao atendimento das complexas e dinâmicas necessidades sociais, que tem no planejamento estratégi-

co e na priorização da prevenção aos ilícitos alguns de seus princípios e boas práticas fundamentais.

As constantes alterações das relações entre os indivíduos e entre eles e o Estado, tendo como interface a Administração Pública, exigiram sensíveis transformações nos modelos de gestão, que passaram do inicial Patrimonialismo, ao Modelo Burocrático, ao Gerencialismo ou Nova Administração Pública e, mais recentemente, ao modelo da Nova Governança Pública, marcado por 8 características básicas: planejamento estratégico; atuação em rede; participação administrativa democrática; consensualidade; priorização da prevenção ao ilícito; coconstrução da gestão e das políticas públicas; *accountability/responsiveness*; transparência e integridade (*compliance*).²

O fundamento normativo é a existência do *Microsistema de Tutela ao Patrimônio Público*, decorrente da própria natureza fundamental difusa do patrimônio público, da probidade administrativa e da boa administração ou governança pública e que reclama interpretação teleológico-sistemática. Podemos citar, no campo constitucional, o art. 1º, II (dignidade da pessoa humana); o art. 3º todo (princípio da solidariedade, inciso I); o art. 5º, § 2º (não-taxatividade dos dir. fundamentais); o art. 129, III e o art. 23, I (competência administrativa comum para zelar pelo patrimônio público). No nível supralegal, temos: Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789); Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), Convenção Interamericana Contra a Corrupção (1996) – Decreto n. 4.410/2022; e Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (2003) – Decreto n. 5.687/2006. E no campo legal, diversas normas, especialmente a Lei de Licitações e Contratos, a Lei da Responsabilidade Fiscal, a Lei de Acesso à Informação, a Lei Anticorrupção Empresarial e a Lei de Improbidade Administrativa, além das normas do Conselho Nacional do Ministério Público e dos próprios Ministérios Públicos que regulam sua atuação nesta área.

Em se tratando de direitos transindividuais constitucionalizados, especialmente do patrimônio público, a visão do intérprete sobre o campo normativo deve ser diferente; há de ser sistêmica e prover-lhe a máxima efetividade protetiva, sob pena de proteção deficiente e inutilidade jurídica.

Ao identificar sujeitos ativos e passivos dos atos de improbidade, descrever condutas típicas e a elas cominar sanções, a Lei de Improbidade Administrativa visa, eminentemente, à proteção eficiente do patrimônio público, da probidade administrativa e do direito fundamental à boa administração pública.

Por maior que tenha sido o esforço de identificá-la como norma puramente sancionadora e nela se fazer constar clara preocupação com os direitos e ga-

² LINDSAY, Colin; OSBORNE, Stephen P.; BOND, Sue. The 'New Public Governance' and employability services in an Era of Crisis: challenges for third sector organizations in Scotland. *Public Administration*, v. 92, n. 1, p. 192-207, 1 mar. 2014.

rantias individuais dos investigados/condenados (v.g. art. 17-D), o intérprete não pode desconsiderar jamais que a finalidade primordial da LIA é, justamente, a proteção do patrimônio público, da probidade administrativa e da boa governança, mesmo porque, da própria sanção (cominada ou efetivamente aplicada) também decorrem indissociáveis efeitos preventivos – prevenção geral e especial, negativa e positiva.³

Por último, o fundamento pragmático é o quadro de “Crise da Justiça” para a responsabilização judicial dos agentes públicos e particulares envolvidos na prática de atos de improbidade administrativa.

2.1 FUNDAMENTALIDADE DO PATRIMÔNIO PÚBLICO, DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DO DIREITO À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Sobre a natureza jurídica do patrimônio público – a necessária evolução humana e as inúmeras transformações relacionais culminaram na consagração da existência societária e no surgimento do Estado como gestor da *res publica*, fundando-se, pois, a coletivização do patrimônio social, a bem comunitário, como consequência natural dos princípios republicano, da dignidade da pessoa humana e da solidariedade coletiva, consagrados internamente em nosso texto constitucional, respectivamente, como fundamento e como objetivo fundamental da República.⁴

Como resultante da soma da concepção semântica, dos conteúdos normativos específicos e do tratamento doutrinário, pode-se conceituar o *patrimônio público* como o conjunto de bens e direitos (sociais e morais), de natureza móvel ou imóvel, corpóreos ou incorpóreos, patrimoniais ou extrapatrimoniais pertencentes aos entes públicos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) da Administração Pública direta e indireta, mas à coletividade como titular ultimada, cuja conservação seja de interesse público e difuso, estando os administradores e os administrados responsáveis por sua efetiva tutela e sujeitos à responsabilização por eventuais danos de qualquer natureza.⁵

Em virtude da alteração paradigmática das relações jurídico-sociais entre o homem e o Estado (antropocentrismo), surge o direito à proteção ao patrimônio público, à probidade administrativa e à boa administração pública⁶, como mani-

³ WANIS, Rodrigo Otávio Mazieiro. A insustentabilidade sistêmica do art. 17-D da nova Lei de Improbidade Administrativa: a criação de uma ação sui generis e o retrocesso protetivo de suas consequências. Revista do Ministério Público, v. 83, p. 149, 2022.

⁴ Art. 1º, II e art. 3º, I, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁵ Por essa concepção ampliativa, considerar-se-á o patrimônio público como continente, do qual a probidade administrativa e boa governança são conteúdos.

⁶ Apesar de não haver previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro sobre o direito fundamental à boa

festação da dupla dimensão da cidadania, sendo o cidadão (concepção ampla) sujeito de direitos e também de deveres, agora com responsabilidade social. Sob o influxo dos princípios mencionados, o indivíduo, seja ele administrador ou administrado, torna-se, simultaneamente, sujeito de direitos de fruição e de deveres de tutela, consumidor final do produto da gestão pública e potencial responsável pela prática ou proveito de atos ilícitos.

O reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais por parte do Estado não se exaurem em medidas de cunho negativo, de abstenção de ingerências ilícitas na esfera fundamental do ser humano. Para muito além disso, em especial no que respeita ao patrimônio público, pela força vinculante da Constituição, cabe ao Estado também proporcionar a efetivação desses direitos, numa máxima amplitude e eficiência do plano positivo dos direitos fundamentais⁷.

Trata-se, portanto, seja sob o aspecto objetivo (ordem jurídica), seja pelo subjetivo (titularidade individual e coletiva), de direitos fundamentais que, a bem da dignidade da pessoa humana, tornam-se parâmetros básicos para a interpretação e a concretização da própria ordem jurídica e da fixação das balizas e valores do próprio Estado Democrático de Direito⁸. Por sua própria natureza jurídica, reclama tutela ampla e irrestrita, porque, conforme Fernando Rodrigues Martins, “a malversação do patrimônio público fere a concepção deontológica de um direito fundamental e importa na desapropriação violenta e lesiva de uma coletividade.”⁹

Sob o aspecto objetivo, o caráter fundamental do patrimônio público ressaí de seu conteúdo econômico (dinheiro e bens públicos), advindo da arrecadação tributária estatal, vinculando-se a sua utilização, por mandamentos constitucionais e legais cogentes, para a concretização de todos os outros direitos fundamentais (sobretudo os sociais) de titularidade coletiva. Quanto ao subjetivo, sua fundamentalidade é ínsita à sua titularidade difusa, a bem do interesse comum.

Tomado em conta um olhar evolutivo, tais direitos são objeto de proteção internacional e nacional e estão presentes em diversos documentos internacionais

administração pública, ele pode ser inferido como um dos fundamentos constitucionais do próprio regime republicano, do Estado Democrático de Direito e da Administração Pública. Cf. VALLE, Vanice Regina Lírio do. Direito fundamental à boa administração e governança. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 81. Incluímos neste conceito a ideia indissociável de probidade administrativa, continente, segundo expressiva corrente doutrinária ampliada, da moralidade administrativa (GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 9ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 106).

⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra. **O Ministério Público no Neoconstitucionalismo**. Perfil Constitucional e Alguns Fatores de Ampliação de sua Legitimação Social. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. **Temas atuais do Ministério Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 55-124.

⁸ Por fins didáticos, já feita a diferenciação conceitual, ao se tratar de tutela coletiva doravante, adotar-se-á a ideia ampliada de “patrimônio público” como continente da probidade administrativa e do direito à boa administração pública.

⁹ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público**. Comentários à lei de Improbidade Administrativa. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 64.

de positivação de direitos humanos: Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789); Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), Convenção Interamericana Contra a Corrupção (1996); e, dentre outros, especialmente, na Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (2003), mais chamativo internacional anticorrupção, incorporado ao nosso ordenamento jurídico em 2006, com a promulgação do Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro.

Todavia, é no âmbito interno de nosso sistema jurídico que esses direitos se reconhecem como fundamentais, inseridos na terceira fase evolutiva como transindividuais difusos¹⁰ e tutelados não somente pela Constituição da República de 1988¹¹, mas por diversas normas infraconstitucionais, especialmente, pela Lei n. 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa, recentemente reformada – ou desmantelada – pela chamada Nova Lei de Improbidade Administrativa – Lei n. 14.230/21, de 25 de outubro de 2021.

Tratam-se, assim, de direitos difusos de terceira dimensão, nascidos dos princípios constitucionais referidos e sob o manto protetivo do princípio da probidade administrativa, como garantias constitucionais fundamentais do cidadão e da própria nação brasileira (arts. 1º, 3º, I, 37, § 4º, 85, V, c/c o art. 5º, § 2º, da CR/1988).

2.2 MICROSSISTEMA DE TUTELA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

A proteção normativa a esses bens e direitos fundamentais é composta na forma do chamado *Microssistema de Tutela do Patrimônio Público*.

Sem desprezar os tipos penais existentes desde 1940 (artigos 317 e 333 do Código Penal Brasileiro), antes mesmo do surgimento da Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) – considerada o grande marco normativo de surgimento da tutela coletiva no Brasil – movimento seguido pela própria Constituição da República de 1988 e pela Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) – já vigorava a Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular), que instrumentalizava a pretensão protetiva de alguns direitos coletivos, em especial, o patrimônio público.

Esse *microssistema* é um conjunto de normas protetivas e sancionadoras extrapenais que descrevem condutas, seus sujeitos passivos e ativos, estabelecem procedimentos próprios, garantias individuais, espécies de tutela administrativa e judicial e ainda cominam sanções, de diversas naturezas, nas distintas

¹⁰ A indicação difusa do patrimônio público e sua proteção, como espécies de direito transindividual, cuja divisão em difusos, coletivos e individuais homogêneos é expressa no art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8078/90

¹¹ Artigos 5º LXXIII e 129, III, ambos da CR/88, dentre outros dispositivos.

e relativamente intercomunicáveis instâncias de responsabilização¹².

Além do estabelecimento do objeto material coletivo de proteção (direitos difusos)¹³, a LACP trouxe relevantes inovações ao sistema processual civil: a legitimação ativa coletiva concorrente (art. 5º); a consagração da consensualidade, por meio do compromisso de ajustamento de conduta (art. 5º, § 6º); tutela específica, liminar *inaudita altera pars* e medidas cominatórias (art. 11); coisa julgada coletiva (art. 16); e o estabelecimento de regras processuais para o processo coletivo.

Em sequência, surgiram normas materiais e processuais da Constituição da República de 1988, que revelam os mais sensíveis fundamentos da tutela coletiva brasileira, por meio de um sistema jurídico aberto de direitos fundamentais (§ 2º do artigo 5º), dinâmico (princípio democrático, vide art. 1º) e de tutela jurisdicional ampla e irrestrita (princípio do acesso à Justiça, do art. 5º, XXV). Destaque-se a disposição do artigo 129, III, consagradora do princípio da não-taxatividade do objeto material da tutela coletiva pelo Ministério Público, reafirmado, genericamente e depois, pelo art. 83 do Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), ao inserir na LACP o artigo 21, criou o transformador *Microsistema de Tutela Jurisdicional Coletiva Comum*, resultante da integração e interação entre as disposições processuais da Lei nº 9.078/90 e a Lei nº 7.437/85 (art. 90 do CDC e art. 21 da LACP). Trata-se de um conjunto de normas materiais e processuais coletivas comuns, ou seja, aplicáveis a toda hipótese de proteção jurisdicional de direitos coletivos, inclusive e especialmente à tutela do patrimônio público, o que, conforme se demonstrará, inadmita a teratológica exclusão realizada pelo art. 17-D da Nova LIA. O CDC trouxe, ainda, disposições conceituais e tripartites sobre os direitos coletivos (art. 81, parágrafo único) e sobre a coisa julgada coletiva (art. 103).

Tal conjunto sistematizado de normas de tutela coletiva genérica é informado por princípios de direito material e processual coletivo, com a finalidade de viabilizar a máxima efetividade na proteção dos direitos difusos, em especial do patrimônio público. Todos eles servem de fundamento para a implementação de mecanismos de maior eficiência no controle preventivo e repressivo da corrupção, destacadamente pelo Ministério Público.

Embora não pareça na prática cotidiana, que revela incontáveis casos de cor-

¹² A Nova Lei de Improbidade trouxe norma inconstitucional (violação dos princípios da isonomia, do devido processo legal, da obrigatoriedade da ação do Ministério Público e do juiz natural) e inconvenção (artigos 30, 34, 41 e 42 da Convenção da ONU Contra a Corrupção) sobre isso, no § 4º do art. 21, prevendo a comunicabilidade incondicionada da instância cível à criminal, qualquer que seja o fundamento da decisão absolutória.

¹³ Registre-se que, originalmente, o sistema implantado pela LACP era o da *taxatividade do objeto material*, o que restou ultrapassado, posteriormente, pelas disposições materiais e processuais coletivas da Constituição da República, de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor, que resultaram na alteração da norma do art. 1º, IV, da Lei 7347/1985, para nele incluir *qualquer outro interesse difuso ou coletivo*.

rupção, o sistema normativo brasileiro é bastante abrangente no que respeita à proteção ao patrimônio público (*lato sensu*), pelo que, é possível que uma só conduta (unicidade da conduta) figure como ilícito penal, civil, administrativo e até político (multiplicidade típica), propiciando a responsabilização em cada seara do direito (multiplicidade de sanções).

Ocorre que, até a edição da originária Lei de Improbidade Administrativa, em 1992, a responsabilização para os atos dessa natureza era ainda tímida, sujeitando o autor da ilicitude apenas à responsabilização criminal (acaso crime fosse o fato), ao ressarcimento dos danos eventualmente causados (responsabilidade civil), às sanções decorrentes de um processo administrativo disciplinar e, por fim, à parca responsabilização política.¹⁴

Exibindo uma rara boa técnica legislativa, a originária Lei nº 8.429/92 inovou no ordenamento jurídico, ao dispor, em regime próprio e bem sistematizado, basicamente sobre: legitimados ativos e passivos dos atos de improbidade administrativa; legitimados processuais ativos e passivos; tipificação específica dos de improbidade administrativa; medidas cautelares específicas; sanções para os sujeitos ativos dos atos; regras procedimentais administrativas e judiciais; coisa julgada; e prescrição da pretensão sancionatória.

Para a tutela do patrimônio público (*lato sensu*), complementarmente ao referido Microssistema de Tutela Coletiva Comum (CR/88, LAP, LACP, CDC e CPC), foram editadas diversas normas que contêm medidas de prevenção e repressão à improbidade administrativa, inclusive com referências típicas específicas, além da própria LIA, compondo-se o chamado *Microssistema de Tutela do Patrimônio Público*¹⁵: Lei nº 9.504/1997 (Lei das Eleições); Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal); Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade); Lei nº 12.257/2011 (Lei de Acesso à Informação); Lei nº 12.813/2013 (Lei do Conflito de Interesses); Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção ou Lei de Responsabilização das Pessoas Jurídicas); e Decreto nº 9.203 (Governança).

¹⁴ Salvo a Constituição Imperial de 1824, todas as Constituições Republicanas previram a responsabilização do Chefe do Executivo por infrações à probidade administrativa. Em âmbito infraconstitucional, citam-se as normas precedentes à LIA: Lei nº 3.164/1957; Lei nº 3.152/1958; Atos normativos publicados durante o período da Ditadura Militar e Lei nº 4.717/1965.

¹⁵ Defendemos a ideia da existência de um continente "*Microssistema Anticorrupção*", que estabelece a tipificação, os procedimentos, as garantias e as respectivas sanções a determinadas condutas qualificadas no conceito analítico de corrupção (VALDÉS, Garzón, 1997), em todas as possíveis instâncias de responsabilização de determinado ordenamento jurídico (criminal, administrativo, político e civil), do qual é conteúdo o chamado *Microssistema de Tutela do Patrimônio Público*, formado por um conjunto de normas extrapenais que possibilitam a tutela dessa categoria de direitos difusos e a responsabilização civil dos autores, do qual se destaca a Lei de Improbidade Administrativa.

2.3 “CRISE DA JUSTIÇA” PARA A RESPONSABILIZAÇÃO PELA PRÁTICA DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Exposto esse quadro, o importante e salutar é que sobre todo esse arcabouço normativo, desenvolvido no tempo e a duras penas, deve recair uma interpretação sistemático-teleológica, envolta pelos princípios de direito material e processual coletivos, para que dele se extraia a máxima efetividade e amplitude na proteção do patrimônio público, possibilitando-se a proteção desses interesses e a responsabilização dos agentes ilícitos em seu mais alto grau e nas diversas e relativamente independentes instâncias de responsabilização, especialmente no que respeita ao Acordo de Não Persecução Cível, introduzido, finalmente à LIA pela Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021, em seu art. 17-B.

E aqui exsurge o terceiro fundamento da necessidade de alteração do modelo de atuação ministerial eminentemente demandista: a “Crise da Justiça”, que escancara, empiricamente, uma absurda ineficácia da atuação jurisdicional do Ministério Público contra os atos de improbidade administrativa, conforme dados de jurimetria sistematicamente compilados.

No caminho aberto pela virada pragmático-científica que, segundo Luiz Roberto Barroso visa a “nos libertar de discursos tonitorantes e da retórica vazia, descompromissada do mundo real” e em que “o empirismo significa a valorização da experiência como fonte de conhecimento e legitimação das escolhas públicas”¹⁶, pode-se confirmar a ineficácia da atuação demandista do Ministério Público contra a corrupção, especialmente na seara da improbidade administrativa, por meio da análise crítica de dois indicadores: número de ocorrências de improbidade administrativa registrado pela Instituição (inquéritos civis e procedimentos preparatórios) e índices de julgamento das respectivas ações (favorabilidade e números das Metas do Poder Judiciário).

De acordo com o estudo levado a efeito por Alencar e Gico Júnior¹⁷, em um recorte temporal e territorial, os dados de ineficiência do Sistema de Justiça no Brasil¹⁸ para a repressão e prevenção à corrupção são impactantes, porém nada surpreendentes: a probabilidade de punição jurisdicional criminal e civil dos envolvidos com a corrupção é inferior a 5%! Tal trabalho científico confir-

¹⁶ Trecho de seu voto no HC 152.752. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDecisao.asp?numDj=68&dataPublicacao=10/04/2018&incidente=5346092&capitulo=2&codigoMateria=3&numeroMateria=7&texto=7479765>>. Acesso em: 10 fev. 2022.

¹⁷ ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de; GICO JÚNIOR, Ivo. Corrupção e judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção. **Revista de Direito da Fundação Getúlio Vargas**, São Paulo, Jan-Jun 2011, p. 75-98. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24041/22794>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

¹⁸ Adotou-se uma concepção ampla de “Sistema de Justiça”, de modo a incluir não apenas os magistrados, mas também membros do Ministério Público, os advogados, os policiais, etc. Todavia, leva em conta apenas os provimentos jurisdicionais sancionatórios, para fins de aferição da ineficiência.

mou, de forma pioneira e empírica, o que, há muito tempo já revelavam os indicadores de opinião pública sobre a corrupção no Brasil: existe uma sensação coletiva de impunidade.

Valendo-se do indicador das condenações pelas instâncias oficiais, em casos de corrupção praticada por servidores públicos federais (corrupção burocrática) dos principais Ministérios (Fazenda, Planejamento, Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, Relações Exteriores, Desenvolvimento Agrário), durante o período de 1993-2005, os mencionados pesquisadores da Fundação Getúlio Vargas fizeram uma listagem de servidores punidos administrativamente e compararam esses dados com outros dados judiciais para cada um dos servidores, em busca de processos cíveis ou penais, independentemente de terem sido concluídos ou não. Essa busca, que incluiu todas as Varas Federais, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF) abrangeu, também, os casos em que foi pedida a anulação da decisão administrativa e a reintegração. No período de 1993 a 2005, foram identificados 687 servidores públicos demitidos, dos quais 246 (35,81%) por razões não relacionadas com corrupção e 441 (64,19%) por casos de corrupção, estes, necessariamente, portanto, também tipificados como atos de improbidade administrativa.

Especificamente na área da improbidade administrativa, o mesmo estudo da FGV apontou que apenas 107 servidores demitidos administrativamente foram judicialmente acionados por improbidade administrativa (alguns, por mais de uma vez), o que significa que apenas menos de um quarto dos servidores extirpados do serviço público (24,26%) realmente enfrenta processos judiciais por improbidade administrativa. Desse já reduzido montante, apenas 13 foram condenados judicialmente por improbidade administrativa, sendo apenas 7 decisões definitivas (com trânsito em julgado).

Por esse recorte, o percentual de servidores que praticaram atos corrupção (*lato sensu*) serem processados por improbidade administrativa foi de apenas 24,26%. Com base nesses resultados e aplicando-se a metodologia explicitada no referido estudo, conclui-se que o desempenho judicial do sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa é de menos de 2%, pois a probabilidade de ser efetivamente condenado por improbidade administrativa é de apenas 1,59%!

Outra pesquisa relevantíssima foi publicada, em 2015, pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ. O Estudo foi realizada em 2014, pela Universidade de Itaúna e intitulado “Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade”¹⁹. O estudo foi feito em cinco diferentes regiões do Brasil, pela análise de autos físicos e eletrônicos de processos de

¹⁹ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Coord.). Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade. Equipe Gregório Assagra de Almeida... [et al.]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

improbidade administrativa em que haviam sido proferidas decisões com trânsito em julgado, no período de 2010 a 2013, para fins de levantamento de dados sobre os principais obstáculos à plena efetividade do combate à improbidade e para a consequentes proposições de algumas soluções. Foram detectados diversos fatores que servem de empecilho ao eficaz cumprimento da Lei de Improbidade Administrativa, que serão especificamente analisados mais adiante.

Algumas conclusões empíricas específicas desse estudo merecem destaque, como, por exemplo: a) até dezembro de 2013, haviam 8.183 ações de improbidade (julgadas, pendentes de julgamento e novas ações), com maior concentração nas regiões Sudeste e Sul; b) apenas 132 apresentaram decisões com trânsito em julgado; c) 71% dos réus são agentes públicos, dos quais, 33% são Prefeitos e Ex-Prefeitos Municipais; d) 83,38% das ações estão em curso na Justiça Estadual e 16,60%, na Justiça Federal; 93,35% dos réus são pessoas naturais; e) tempo médio decorrido entre o ajuizamento da ação e o julgamento é de 4,24 anos; entre o ajuizamento e o trânsito em julgado o prazo médio é de 5,15 anos; f) apenas 1,65% dos agentes foram tornados inelegíveis; g) em 73,73% dos casos, o legitimado ativo autor da ação foi o Ministério Público; h) a liminar não foi concedida em 79% dos casos; i) a cautelar de indisponibilidade de bens foi deferida apenas em 13,49% dos casos; j) apenas em 4% dos processos analisados houve o ressarcimento integral dos danos; k) 9,2% da condenações foram por atos tipificados no art. 9º, 5,75% referentes ao art. 10 e 21,84% ao art. 11; l) apenas 17, 59% das sentenças condenatórias foram reformadas em segundo grau de jurisdição; m) a sanção de suspensão de direitos políticos foi proferida em apenas 25, 4% dos casos²⁰.

Voltando-se os olhos para atuação do Ministério Público, extrai-se do relatório informativo “Ministério Público: um retrato”, de 2021, que no ano de 2020 o Ministério Público brasileiro instaurou 107.005 procedimentos extrajudiciais com o assunto improbidade administrativa, entre Notícias de Fato, Inquéritos Cíveis e Procedimentos Preparatórios e Administrativos, o que representa um aumento de 10% em relação ao ano de 2019. O tema lidera, com folga abismal, o ranking temático do relatório como objeto de inquéritos cíveis e procedimentos preparatórios extrajudiciais instaurados pelos MPs Estaduais e do Distrito Federal e Territórios, com 36.489 ocorrências (26,89%) de um total de 135.674, seguido pela temática da defesa do meio ambiente (22.854) e do consumidor (7.668). A improbidade administrativa também foi o destaque nos assuntos dos inquéritos cíveis e dos procedimentos preparatórios extrajudiciais finalizados (31.952, no total) pelo MPF, aparecendo em 6.466 movimentações processuais (20,24%), seguida, nesse caso, por meio ambiente (2.711) e saúde (1.962).

Analisando-se os dados do referido documento constata-se que o número de

²⁰ Idem., p. 31-76.

procedimentos instaurados apenas no ano de 2020 (36.489) é muito superior ao número de ações de improbidade administrativa ajuizadas nos anos de 2019 e 2020 somados (5.800), o que leva à conclusão lógica de que, por diversos fatores, um o modelo de atuação eminentemente demandista-judicializante será claramente incapaz de dar vazão ao enorme acervo administrativo investigatório gerado nas unidades funcionais do MP brasileiro e, com isso, reprimir e prevenir a corrupção.

No plano federal, em 2020, das 3.091 ações civis públicas ajuizadas pelo o MPF, 789 (25,52%) foram para a responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa, as quais, embora possuam histórico positivo, não atingem as metas anuais de favorabilidade fixadas no Planejamento Estratégico da Instituição e ainda dependem da (in) eficácia do Poder Judiciário em dar vazão ao enorme passivo processual existente, conforme tabela abaixo²¹:

Tudo isso pode ser confirmado pelo exame dos dados referentes às Metas Nacionais do Poder Judiciário²², que, no caso dos julgamentos dos crimes contra a Administração Pública e das ações de improbidade administrativa, num recorte temporal de 2016 a 2020, sequer são vêm sendo cumpridas à metade.²³ Especificamente, a Meta 4 foi assim disposta: a) Justiça Federal, FAIXA 1: 70% das ações de improbidade administrativa e das ações penais relacionadas a crimes contra a Administração Pública distribuídas até 31/12/2017; FAIXA 2: 60% das ações de improbidade administrativa e 70% das ações penais relacionadas a crimes contra a Administração Pública distribuídas até 31/12/2017; b) Justiça Estadual: 70% das ações distribuídas até 31/12/2017.²⁴

O Judiciário não consegue julgar sequer metade das metas de 70% dos feitos distribuídos nos anos anteriores, o que ocasiona um constante represamento processual e, portanto, um ciclo de ineficácia e de impunidade, a severos custos sociais.

Como se não bastasse a ineficácia para a investigação, para a persecução e para a condenação dos agentes públicos e dos particulares que incorram na

²¹ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Relatório de atividades da Procuradora-Geral da República: set. 2017/set. 2018: combate à corrupção, direitos humanos, eficiência, transparência, memória institucional, celeridade, defesa da democracia/Brasília: MPF, 2018. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/portal/o-mpf/sobre-o-mpf/gestao-estrategica-e-modernizacao-do-mpf/sobre/publicacoes/publicacoes-arquivos/Relatorio_Atividades_PGR_2017-2018.pdf>. Acesso em 22 fev. 2022.

²² Formuladas anualmente, as Metas Nacionais têm o objetivo precípua de promover o aperfeiçoamento do Poder Judiciário, com vistas à promoção de uma prestação jurisdicional mais célere à sociedade, com mais eficiência e qualidade. Além disso, as Metas Nacionais são uma das formas de verificar o alcance dos Macro-desafios estabelecidos na Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2015-2020.

²³ A hipótese da inefetividade da priorização da atuação demandista do MP no combate à corrupção, foi lançada na dissertação de mestrado, em referência aos anos de 2016 e 2017.

²⁴ BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Metas Nacionais do Poder Judiciário 2021. p. 19-22.

Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/08/relatorio-de-metas-nacionais-2020-v-f.pdf>>. Acesso em 19 fev. 2022.

prática dos atos de improbidade, surge um problema de igual gravidade: a parca efetivação das sanções, que, segundo o documento “Efetivação das condenações nas ações de responsabilização por improbidade administrativa: Manual e Roteiro de Atuação”²⁵, é a mais grave das impunidades.

Diante deste cenário, além da consensualidade sancionadora – agora exercida por meio do Acordo de Não Persecução Cível, previsto definitivamente no art. 17-B da LIA – a priorização da atuação preventiva surge como uma forçosa alternativa ao cumprimento eficaz da atuação do Ministério Público na tutela do patrimônio público, o que pode ser realizado por meio dos instrumentos administrativos de que dispõem seus órgãos de execução.

3. A NECESSÁRIA PRIORIZAÇÃO DA ATUAÇÃO PREVENTIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO: ASPECTOS TEÓRICOS E PERSPECTIVAS PRAGMÁTICAS

A função anticorrupção do Ministério Público pode ser extraída de seu próprio desenho constitucional e por sua natureza jurídica de cláusula pétrea²⁶, por tratar-se de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, à qual incumbe a proteção do patrimônio público, função que, aliás, foi forjada expressamente no artigo 129, III, da CR/88.

No plano jurisdicional, o mais eloquente instrumento de tutela repressiva na atuação de tutela do patrimônio público é a Ação Civil Pública de Responsabilização por Atos de Improbidade Administrativa, regulada pela Lei n. 8.429/92, com caráter eminentemente repressivo, nos termos no novo art. 17-D²⁷. Sobre-se a ela o Acordo de Não Persecução Cível, que, apesar de poder conter obrigações de fazer e não fazer, destina-se, primordialmente, à aplicação das sanções previstas no art. 12 da LIA, nos moldes do art. 17-B da mesma lei.

De outro lado, a principal forma de tutela preventiva judicial é a via Ação Civil Pública, com qualquer espécie de pedido (art. 21 da Lei n. 7.347/85 c/c art.

²⁵ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Efetivação das condenações nas ações de responsabilização por improbidade administrativa: manual e roteiro de atuação – 2. ed. – Brasília: MPF, 2019.

²⁶ A conclusão de que o *Parquet* é cláusula pétrea decorre de uma interpretação finalística e sistemática das normas constitucionais. O artigo 127 determina que o Ministério Público é instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, portanto, não pode ser abolido ou extirpado de nosso sistema jurídico-democrático. Além disso, como lhe foi atribuída a função de defender o regime democrático, insere-se, pois, nos incisos II e IV, do § 4º, do artigo 60 da Constituição da República, como cláusula pétrea.

²⁷ Sobre a insustentabilidade sistêmica do art. 17-D da nova Lei de Improbidade Administrativa: WANIS, Rodrigo Otávio Mazieiro. A insustentabilidade sistêmica do art. 17-D da nova Lei de Improbidade Administrativa: a criação de uma ação sui generis e o retrocesso protetivo de suas consequências. **Revista do Ministério Público**, v. 83, p. 149, 2022.

83 do Código de Defesa do Consumidor), especialmente para viabilizar a tutela jurisdicional inibitória, por meio de pedidos consistentes em obrigações de fazer e/ou de não fazer para evitar qualquer violação ao patrimônio público, à probidade administrativa e ao direito à boa administração pública (v.g.: pedido de condenação consistente em obrigação de não contratar servidores temporários no lugar de aprovados em concurso público, durante o prazo de validade do certame)²⁸.

Outra espécie de remédio preventivo é o manejo das ações para controle concentrado e difuso de constitucionalidade, nos casos da edição de leis inconstitucionais que ainda não produziram efeitos danosos concretos, nos termos do art. 102, da Constituição da República, dos dispositivos das Constituições dos Estados e no rito da Lei n. 9.868/99.

Por fim, é possível o exercício jurisdicional preventivo por via do controle de convencionalidade, sobretudo para impedir os efeitos jurídicos dos atos normativos que violem o disposto na Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, incorporada ao regime jurídico brasileiro pela promulgação do Decreto n. 5.687/2006.

²⁸ "ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS DECORRENTES DE TRANSPORTE DE CARGAS COM EXCESSO DE PESO EM RODOVIAS FEDERAIS. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAL E MORAL COLETIVOS. RISCO À VIDA EM SOCIEDADE. CUMULAÇÃO COM INFRAÇÃO PREVISTA NO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. ASTREINTE. POSSIBILIDADE. FATOS NOTÓRIOS. ART. 374, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. POSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DO RECURSO. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. ACÓRDÃO DE ORIGEM EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. PRECEDENTES DO STJ. HISTÓRICO DA DEMANDA 1. Cuida-se de Agravo Interno contra decisum que conheceu do Agravo para dar provimento ao Recurso Especial e deferir o pleito de tutela inibitória (infrações futuras) conforme os termos e patamares requeridos pelo Ministério Público Federal na Petição Inicial, devolvendo-se o feito ao Tribunal de origem a fim de que proceda à fixação dos valores (*quantum debeat*) dos danos materiais e morais coletivos.

2. Conforme expressamente narrado na decisão recorrida, no dia 15/7/2009, em fiscalização de rotina na Rodovia Federal BR 365, km 389,0 (posto policial), no Município de Patos de Minas-MG, a Polícia Rodoviária Federal (PRF) abordou o Sr. Roberto Carlos Zacarias, motorista, para proceder à pesagem do veículo Ford, placa AMW-3841.

Nessa fiscalização, lavrou-se o BO 178428 e constatou-se excesso de 1840kg nos eixos e de 480kg no Peso Bruto Total (PBT). Foi lavrado ainda pelo DNIT o Aviso de Ocorrência de Excesso de Peso B070004737. Essa informação foi confirmada pelo Tribunal de origem, não sendo negada pela parte embargante, devendo acarretar a condenação pelo tráfico com excesso de peso em rodovias. POSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DO RECURSO - NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. FATO NOTÓRIO. QUESTÃO JURÍDICA, E NÃO FÁTICA 3. Nota-se que o Tribunal de origem expressamente reconhece a ocorrência da infração de tráfico com excesso de peso, tendo analisado as provas. Do que se verifica, estando delineado o contexto fático pelos examinadores de origem, não há falar em reexame de matéria fática, mas em reavaliação jurídica, o que não atrai o óbice da Súmula 7/STJ. Cita-se trecho do voto condutor (fl. 1.071): "levando à conclusão de que mesmo que exista prova da infração, ela é insuficiente para comprovar os alegados danos materiais pelos quais as rés seriam responsáveis". ACÓRDÃO DE ORIGEM EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ 4. No mesmo sentido, acórdãos recém-publicados do STJ: EDcl no AgInt no AREsp 1.413.621/MG, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 3/9/2020; EDcl nos EDcl no AgInt no AREsp 1.139.030/DF, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 21/9/2020; REsp 1.637.910/RN, Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 9/9/2019; AgInt no REsp 1.701.573/PE, Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 2/9/2019; AgInt no AREsp 1.139.030/DF, Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 4/9/2019; AgInt no AREsp 1.137.714/MG, Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 14/6/2019; REsp 1.574.350/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 3/10/2017, DJe 6/3/2019. CONCLUSÃO 5. Agravo Interno não provido. [AgInt nos EDcl no AREsp n. 1.772.681/MG, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/8/2021, DJe de 31/8/2021.]"

Uma interpretação superficial e apressada da definição do artigo 127²⁹ da Constituição da República de 1988 poderia levar à falsa conclusão de que as incumbências outorgadas ao *Parquet* somente podem ser desempenhadas junto ao Poder Judiciário – atuação jurisdicional – porquanto se trataria de “instituição permanente essencial à função jurisdicional do Estado”.

Todavia, tal interpretação é restritiva e inefetiva, contrária ao próprio desenho constitucional do MP (*ratio essendi*), às suas incumbências fundamentais e à melhor hermenêutica constitucional para o tratamento dos direitos e garantias fundamentais, que deve ser ampliativa e potencializadora da eficácia de seu conteúdo, como sinaliza o § 2º do artigo 5º da CR/88, verdadeira “cláusula geral dos direitos e garantias fundamentais”.

As normas constitucionais, dotadas de viés democrático e ampliativo dos direitos fundamentais, estabeleceram o Ministério Público como cláusula pétrea, cujas funções institucionais, que antes lhe rendiam o papel de fiscal da das normas legais, transformaram-no em protagonista da defesa da sociedade, da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

De forma pioneira, Marcelo Pedroso Goulart passou a fazer uma análise crítica e transformadora do novo perfil constitucional do Ministério Público Brasileiro, no sentido da ampliação do exercício da legitimidade do Ministério Público para além das demandas judiciais, como decorrência do movimento de deslocamento da instituição da *sociedade política*, como instituição repressiva do Estado, para a *sociedade civil*, como legítimo e autêntico defensor da sociedade.³⁰ Segundo Gregório Assagra de Almeida, tal mudança seria justificada por três razões fundamentais: social, consequência da vocação ministerial para a defesa da sociedade; política, surgida da vocação do MP para a defesa da democracia e jurídica, decorrente da autonomia administrativa, orçamentária e funcional, concedida pela Constituição da República de 1988.³¹

Vale trazer à colação o pensamento de Leonardo Barreto Moreira Alves e Márcio Soares Berclaz sobre o novo perfil constitucional do Ministério Público, que pavimenta o caminho rumo à priorização de sua atuação preventiva na tutela do patrimônio público, da probidade administrativa e da boa administração pública:

Desde a Constituição da República de 1988, ganhou o Ministério Público destaque não apenas como o titular da ação pe-

²⁹ “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

³⁰ GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia – teoria e prática*. São Paulo: LED, 1998. p. 96.

³¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. In: **Temas atuais do Ministério Público**, 6. ed., Salvador: Juspodivm, 2016, p.72.

nal, mas também como defensor da sociedade, notadamente no âmbito dos direitos transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), área também conhecida como atuação em tutela coletiva. Estas atividades finalísticas, sem dúvida, são as mais coerentes e harmônicas à compreensão da instituição do Ministério Público como órgão de extração constitucional representativo da sociedade civil no Estado Democrático de Direito encarregado de promover positivas alterações e transformações na realidade social.³²

A incumbência de *defesa* da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, importa na repressão, classicamente exercida pelo exercício da pretensão perante o Poder Judiciário, mas, também na prevenção - ideia mais consentânea à base teórica da Nova Governança Pública, ao Microssistema de Tutela ao Patrimônio Público e à comprovação empírica da ineficácia do combate à corrupção pela via repressivo-judicializante.

Segundo as lições de Almeida³³, há quatro grandes marcos históricos para o Ministério Público Brasileiro. O primeiro foi o reconhecimento como Instituição, o que aconteceu com o advento da República, durante o Governo Provisório, por força do trabalho do então Ministro Campos Salles. O segundo foi a edição da Lei Complementar Federal nº 40/81 - primeira Lei Orgânica Nacional do Ministério Público - a qual definiu um estatuto básico e uniforme o MP nacional e disciplinou suas principais atribuições, garantias e vedações. O terceiro momento veio a lume com a Lei nº 7.347 /85 (Lei da Ação Civil Pública), que conferiu legitimidade extraordinária concorrente e disjuntiva ao MP para a defesa jurisdicional e administrativa dos interesses e direitos difusos e coletivos, além da criação do inquérito civil. É neste terceiro momento que o MP passa a ter a chamada "função promocional", de transformação da realidade social. O quarto marco foi a CR/88, o mais significativo e transformador de todos.

Contemporaneamente, o autor propõe um quinto marco, ainda em construção: a priorização da tutela preventiva, neste especial, do patrimônio público. Tal alteração do modelo tradicionalmente desplanejado estrategicamente, isolado e repressivo-demandista demanda uma sensível mudança cultural na Instituição e se concretizará pela elaboração de técnicas e estudos que possam fazer com que o Parquet atue de forma primordialmente preventiva, caracterizada como a "mais significativa e importante tutela jurídica do Estado Democrático de Direito".

³² ALVES, Leonardo Barreto Moreira; BERCLAZ, Márcio Soares. Ministério Público em Ação: atuação prática jurisdicional e extrajurisdicional. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 33.

³³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. In: FARIAS, Cristiano Chaves de.; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (organizadores). **Temas atuais do Ministério Público**, 6. ed., Salvador: Juspodivm, 2016, p. 84-85.

A atuação preventiva do Ministério Público na defesa do patrimônio público (lato sensu) decorre, portanto, de seu próprio desenho institucional, de suas incumbências como defensor da sociedade e dos princípios constitucionais republicano, democrático e da prevenção geral. Sob o aspecto do Estado Democrático de Direito, há um compromisso fulcral de implementação da transformação da realidade social na busca da igualdade material, especialmente quanto ao acesso efetivo a bens e outros valores, compromisso este também assumido pelo Ministério Público, enquanto defensor do regime democrático (art. 1º e art. 127, *caput*, ambos da CF/88). Pragmaticamente, tal necessidade decorre da irreversibilidade dos danos, da insuficiência da tutela reparatória e da comprovada ineficácia do modelo de atuação demandista-repressivo.

De forma inovadora à época, Marcelo Pedroso Goulart consignou que existem dois modelos de Ministério Público: o *demandista* e o *resolutivo*³⁴. O demandista, ainda prevalecente na prática finalística, atua exclusivamente perante o Poder Judiciário, como agente processual, demandando do Estado-juiz medidas satisfativas para a solução dos problemas sociais, de regra, de forma repressiva. Tal forma de atuação é ineficiente e insuficiente, notadamente à proteção de direitos fundamentais transindividuais, porquanto incapaz de fazer a situação fática retornar ao *status quo ante*, alcançando apenas a mera punição do agente ou, se muito, medidas compensatórias, sem, contudo, resgatar os direitos e bens jurídicos já violados.

De outro lado, com atual relevo e destaque na concretização dos direitos e garantias individuais transindividuais, há o Ministério Público *resolutivo*, cuja atuação é feita no plano extrajurisdicional, como um grande intermediador e pacificador da conflituosidade social.

Levando-se em conta a concepção de Estado de Direito, sobrelevam-se a garantia de direitos de liberdade e a participação política³⁵, em razão do que se deve oportunizar a participação social na condução e no destino dos atos governamentais, sobretudo naqueles de ingerência sobre os direitos fundamentais, dentre os quais, o patrimônio público e sua proteção.

Exsurge, daí, a figura do *Ombudsman*³⁶, como agente apolítico e independente,

³⁴ GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia – teoria e práxis*. São Paulo: LED, 1998. p. 96.

³⁵ Cf. Bobbio, Norberto. *Il futuro delle democrazia*. Einaudi, Torino, 1995, pp. 3 e s.

³⁶ O instituto do *Ombudsman* surgiu primeiramente na Suécia, sendo que o primeiro deles foi efetivamente nomeado em 1810. Tinha função de guardião das leis e era totalmente independente do governo. Outro modelo de *Ombudsman*, cuja característica principal era ser o defensor dos direitos dos indivíduos frente a Administração Pública, surgiu na Finlândia, somente em 1919. No Brasil uma figura similar à do *Ombudsman* surgiu em 1823 em projeto do constituinte José de Souza Mello que criava o Juízo do Povo para que a população pudesse reclamar de opressões e injustiças perante a Corte. Ressalte-se que a maioria dos autores não distingue entre *ombudsman* e ouvidor. A este respeito estamos com Rubens Pinto Lyra, que observa que o ouvidor tem responsabilidade direta com a eficácia da Administração Pública, com a justiça e com os direitos do cidadão. Já o *ombudsman* tem relação com o controle da legalidade, função esta que para o ouvidor brasileiro é atribuição mediata, subsidiária. (Wanderley Batista Silva Procurador de Justiça

de investidura temporária, receptor das vozes inconformadas do povo contra as ações ou omissões ilícitas do Poder Público. No modelo jurídico-constitucional nacional, o Ministério Público assumiu esse mister, ainda que não exclusivamente, fulcrado no artigo 129, inciso II, da Constituição da República, o que ganha especial relevo quando se trata de patrimônio público.

É no contexto do modelo da Nova Governança Pública que o Ministério Público assume relevantíssimo papel de instituição promotora do eficaz e eficiente controle externo da administração pública, preferencialmente de forma preventiva e administrativa (extrajudicial), com a finalidade de incremento à tutela do patrimônio público, matriz protetiva da concretização de todos os direitos fundamentais perseguidos pela atividade Estatal.

Confirmando a ineficácia e a ineficiência da atuação ministerial repressiva e demandista para a tutela dos direitos e interesses transindividuais, notadamente o patrimônio público, Almeida afirma:

Ocorre que muitos danos, especialmente os de dimensão social (aqueles que afetam o ambiente; a saúde do consumidor; a criança e o adolescente; o idoso; a saúde pública etc.), não são possíveis de reparação in natura. Portanto, só restaria nesses casos uma tutela repressiva do tipo compensatória ou do tipo punitiva, que é espécie de tutela jurídica apequenada, já que não responde ao direito, a uma tutela jurídica genuinamente adequada, na sua condição de garantia fundamental do Estado Democrático de Direito (arts. 1º, 3º e art. 5º, XXXV, da CF/88). [...]

Além de combater repressivamente os atos de improbidade, é razoável priorizar a atuação para evitar que ocorram atos dessa natureza, especialmente os que geram dano ao Erário. Muitas vezes torna-se impossível a recuperação dos ativos desviados, o que resulta em enormes prejuízos para a sociedade. A priorização da atuação preventiva pelos Promotores de Justiça, Procuradores de Justiça e Procuradores da República será um caminho legítimo e eficaz para proteger o patrimônio público.³⁷

Ouvidor-Geral do Ministério Público do Paraná. Disponível em: <<http://www.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=3>>. Acesso em: 10 out. 2014.

³⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *O Ministério Público no Neoconstitucionalismo*: perfil constitucional e alguns fatores da ampliação de sua legitimação social. In: CHAVES, Cristiano et al. (Coord.) *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. P. 85.

Diante de todas as previsões normativas de controle do patrimônio público, não se pode mais conceber a ideia de inércia das instituições de proteção e nem uma atuação meramente repressiva, sob pena de irreversibilidade danosa ou compensação insuficiente – proteção insuficiente – exigindo-se, pois, o firmamento de um modelo de atuação do MP que priorize o controle preventivo, notadamente no campo administrativo (extrajudicial).

A evolução normativa e o dinamismo institucional do *Parquet* conferiram-lhe um arsenal de instrumentos administrativos de solução de conflitos capazes de, se utilizados adequadamente, com um padrão metodológico, possuem grande potencial de promover a tutela do patrimônio público de forma muito mais eficaz e eficiente.

A envergadura da instituição constitucional incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos e interesses transindividuais e individuais indisponíveis, permite-lhe e exigem-lhe uma ingerência necessária nas resoluções administrativas e sociais, a bem da dignidade da pessoa humana, que envolvam a gestão do patrimônio público, que extrapolam os meios convencionais repressivos de atuação.

Para tanto, o que se propõe é uma mudança metodológica de utilização dos instrumentos administrativos de que dispõe o Ministério Público, voltando-se a primazia da atuação para um viés preventivo, pelo que denominamos “Escala de Ação Progressiva”, que leva em conta o planejamento estratégico, a atuação em rede, o consenso, a transparência, a priorização à tutela preventiva do patrimônio público e a integridade.

Diante do inaceitável quadro de ineficácia da atuação repressiva e demandista, resulta premente a necessidade fomento à utilização dos instrumentos extrajudiciais de forma antecipada à lesão, de forma preventiva (porém, não exclusiva), como traço de governança pública, mais apropriado à complexidade e dinâmica do moderno controle externo da administração pública.

3.1 MECANISMOS DE ATUAÇÃO EXTRAJURISDICIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA PROTEÇÃO PREVENTIVA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. ASPECTOS TEÓRICOS E PRÁTICOS. ESCALA DE AÇÃO PROGRESSIVA

Dando concretude ao até aqui delineado, vale o registro de que, em meio a um contexto social de intensas crises institucionais (desdobramentos da Operação Lava Jato, iminência do processo de impeachment da então Presidente Dilma Roussef e de movimentações parlamentares em represália ao Ministé-

rio Público³⁸ e à Magistratura, etc.), surgiu uma das primeiras iniciativas, com repercussão nacional, de revisão crítica da atuação Ministerial no combate à corrupção: o III Congresso do Patrimônio Público e Social do Ministério Público de São Paulo, realizado de 21 a 23 de outubro de 2015, na capital paulista. O evento contou com a participação de um grande número de membros dos Ministérios Públicos de todo o Brasil.

Naquela oportunidade, embora com algumas resistências iniciais, criou-se um ambiente fértil à produção acadêmico-institucional de revisão crítica dos sistemas tradicionais de atuação na área, com a apresentação e aprovação de teses que levantaram, entre outros assuntos: “A possibilidade de ampliação dos efeitos da colaboração premiada para os atos de improbidade administrativa”; “A defesa estratégica da probidade administrativa pelo Ministério Público; “O Ministério Público e o desenvolvimento de normas relativas a preservação de elementos de prova da prática de atos com ausência de conformidade com a lei (*compliance*)” e a nossa, intitulada “A intervenção preventiva extrajudicial do Ministério Público no combate à corrupção - escala de ação progressiva como fator de emancipação social”³⁹.

Ao fim do referido congresso, foi redigida e publicada a Carta do III Congresso do Patrimônio Público e Social do Estado de São Paulo⁴⁰, cujas fundamentações e deliberações afirmam a necessidade de alteração do atual modelo de atuação, em consonância com tudo o que propugnamos. Senão, vejamos:

[...]

DELIBERARAM que deve o Ministério Público:

I – incentivar a criação de órgão de execução especializado, com atribuições cíveis e criminais, para investigação e ajuizamento das respectivas ações judiciais de responsabilização,

³⁸ Deliberações parlamentares sobre a PEC 37.

³⁹ Nas linhas dessas ideias, citem-se nossos trabalhos:

WANIS, Rodrigo Otávio Mazieiro. A Defesa da sociedade contra os atos de improbidade administrativa: análise crítica e desafios para a atuação eficiente do Ministério Público. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

_____. O patrimônio público como direito fundamental difuso e o ministério público como instrumento de sua proteção preventiva extrajudicial – aspectos teóricos e práticos. Escala de ação progressiva, Revista do Conselho Nacional do Ministério Público: improbidade administrativa/Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília. CNMP, n. 5, 2015. 232 p. Publicação anual.

_____. A Intervenção Preventiva Extrajudicial do Ministério Público no Combate à Corrupção – Escala de Ação Progressiva como Fator de Emancipação Social. Revista do Ministério Público/Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. 2016, Nº 59. - Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 1995 - v; 23 cm.

_____. A Consensualidade na Atuação do Ministério Público na Promoção da Responsabilização por Atos de Improbidade Administrativa frente à Independência dos Sistemas Punitivos.

_____. A insustentabilidade sistêmica do art. 17-D da nova Lei de Improbidade Administrativa: a criação de uma ação sui generis e o retrocesso protetivo de suas consequências. Revista do Ministério Público, v. 83, p. 149, 2022.

⁴⁰ Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Congresso_PatPublico_III/Carta%20do%20III%20Congresso.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2018.

seja por meio de promotorias de justiças estaduais, regionais ou locais, visando conciliar os princípios da unidade institucional, independência funcional e eficiência no exercício das funções institucionais do Ministério Público para a tutela do patrimônio público e social e do combate à corrupção;

II – estimular a atuação integrada, interna e externamente, bem como a adoção dos instrumentos estabelecidos pelo microssistema de combate à corrupção, formado, dentre outras, pelas Leis 12.846/13, 12.850/13 e 8.429/92;

III – priorizar a atuação preventiva e extrajudicial no enfrentamento do fenômeno da corrupção, fomentando e fortalecendo os mecanismos de controle social;

IV – fiscalizar a implantação do controle interno nos órgãos da Administração Pública direta e indireta;

V – acompanhar e participar das discussões a respeito dos projetos legislativos que envolvam o aprimoramento do combate à corrupção;

VI – realizar gestões efetivas no sentido de viabilizar o restabelecimento do fluxo de informações, antes mesmo das decisões finais do Tribunal de Contas do Estado, revertendo a situação atual que embaraça a apuração de eventuais atos de corrupção.

Em meio a um ambiente nacional de instabilidade política e institucional, com mais e mais escândalos de corrupção acontecendo todos os dias, esse evento foi marcante para propagar um movimento, de caráter nacional e uniforme, de reestruturação, atuação estratégica, integração e priorização da atuação preventiva do Ministério Público no combate à corrupção.

Nesse rumo, em 23 de agosto de 2016, foi editada Recomendação nº 42 do CNMP, por meio da qual foram propagadas diretrizes de alteração estrutural e material no âmbito de cada Ministério Público. Em seus *considerandos* há assertivas de cunho declaratório e propositivo referentes a algumas ações ou vetores de orientação: máxima efetividade no combate à corrupção; preponderância da atuação preventiva, com suas respectivas diretrizes⁴¹; à cooperação interna e externa entre as instituições e os órgãos de execução; planejamento estratégico; compromissos de *enforcement* de medidas anticorrupção assumidos pelo Brasil na Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção e criação e especialização de estruturas orgânicas anticorrupção, dentre outras.

⁴¹ Esta solução será analisada, especificamente, a seguir.

Atento à dificuldade de reversão ou compensação dos danos causados pela corrupção aos direitos fundamentais e ao princípio da eficiência, o CNMP editou essa recomendação que visa muito mais à ingerência Ministerial nas causas da corrupção cível, administrativa e criminal, do que a mera repressão às suas consequências. No § 1º do artigo 1º desse ato foram recomendadas diversas medidas de atuação preventiva, que vão muito além da simples utilização dos instrumentos procedimentais administrativos (recomendações, TACs etc.). Podem ser citadas, exemplificativamente: a atuação interinstitucional, com para intercâmbio de informações e boas práticas; abordagem multidisciplinar; indução de políticas públicas de boa governança nos setores público e privado; promoção da eficiência da transparência ativa e passiva e projetos sociais e campanhas para a formação de uma sociedade ética.

A atuação ministerial na seara da proteção ao patrimônio público pode revelar alguns dilemas práticos, sobretudo quanto à espécie de instrumento de atuação protetiva extrajurisdicional, preventiva ou repressiva, a ser utilizado diante de uma notícia de fato ilícito.

Sob o influxo dos princípios e práticas de governança pública - modelo que promove uma alteração metodológica no desempenho das funções do Ministério Público para a priorização da prevenção aos danos ao patrimônio público - a utilização prática dos instrumentos administrativos deve levar em conta, fundamentalmente, o princípio administrativo da eficiência. Em outras palavras, vislumbrada a ameaça (gestão de riscos) ou ocorrida a efetiva lesão ao patrimônio público, ao órgão de execução do Ministério Público cabe a escolha do mais eficaz aparelho procedimental de atuação, levando em conta, inexoravelmente, a melhor relação entre a produtividade e economicidade.⁴²

Em que pese haja previsão normativa sobre os mecanismos administrativos do Ministério Público e sobre a priorização da atuação preventiva (Recomendação CNMP 42/16 e a Carta de Brasília), não há metodologia específica quanto ao momento ou quanto ao modo de utilização. Em razão disso e à luz da Nova Governança Pública, o que propõe é uma “*escala de ação progressiva*” no uso não taxativo das Reuniões Periódicas, das Audiências Públicas, dos Projetos Sociais, das Recomendações, do Compromisso de Ajustamento de Conduta e do Acordo de Não Persecução Cível e/ou Acordo de Leniência, com a finalidade de desempenhar mais eficaz e eficientemente cumprimento da missão constitucional de tutela do patrimônio público de forma preferencialmente preventiva.⁴³

⁴² Segundo José dos Santos Carvalho Filho: “A eficiência se refere ao modo pelo qual é processado o desempenho da atividade administrativa, ao passo que a eficácia se refere aos meios e instrumentos empregados pelos agentes no desempenho daquela e a efetividade, por fim, refere-se ao resultado obtido.” Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 27.

⁴³ No cotidiano dos órgãos de execução do MP, é muito mais comum a utilização de reuniões, audiências públicas, recomendações e compromissos de ajustamento de conduta, como instrumentos preventivos de atuação extrajurisdicional protetiva do patrimônio público. Tal fato poderia induzir à noção obtusa de que tais expedientes seriam úteis apenas quando ainda não tenha ocorrido a conduta atentatória ao patrimônio pú-

No exercício do controle externo da administração público, o uso escalonado desses mecanismos tem o potencial de abarcar tanto atos administrativos pretéritos, quanto os atuais e os futuros, de forma concertada entre Ministério Público, os órgãos e entidades públicos e a sociedade civil.

O primeiro instrumento administrativo que pode ser utilizado para a prevenção à improbidade administrativa são as *Reuniões Periódicas*, com os gestores públicos, parlamentares e suas equipes de gestão, bem como com a própria sociedade civil (cidadão ou grupos). Trata-se de simples mecanismo decorrente da competência orgânica prevista no art. 32, II, da Lei n. 8.625/93, viabilizador do controle do patrimônio público por meio da atuação em rede, do consenso e da participação administrativa, pelo qual o membro do Ministério Público, bem mais flexíveis do que as audiências públicas e que dispensam a instauração de procedimento administrativo próprio, cronograma, pauta e acompanhamento de resultados. Justamente por essa flexibilidade e por restringir qualquer tipo de constrangimento gerado pela participação oficiosa em uma audiência pública, as reuniões periódicas têm a aptidão de abrir um canal de comunicação direta entre tais *stakeholders* sobre o andamento da gestão pública e sobre as necessidades coletivas, com patente efeito preventivo geral sobre potenciais ilicitudes no trato da coisa pública.

Detectadas, nas reuniões periódicas, as demandas específicas na área da tutela do patrimônio público, sem que ainda haja lesão concreta (v.g. inexistência de estrutura e órgãos de controle interno; carência de cargos efetivos na área da saúde; inexistência de código de ética para os servidores públicos municipais; iminência das novas concessões de serviço de transporte público; etc.), abre-se espaço para a utilização sequencial dos demais instrumentos listados para a colheita democrática de mais elementos de informação, apontamento de eventual ilicitude iminente ou atual sem dolo e sugestão de correção.

O segundo momento de atuação pode ser levado a efeito por meio das *Audiências Públicas*, já difundido instrumento de abertura democrática que deve ser precedido de edital de convocação, com objeto determinado, publicidade antecedente e consequente, pauta delineada, ata circunstanciada e relatório para futuras providências (Resolução CNMP n. 159/17). Por elas, abre-se espaço para uma concreta participação popular na administração pública e um potente veículo de produção de informação para a instrução dos feitos ministeriais, além de gerar constrangimento moral público ao gestor público participante que porventura tenha praticado qualquer antijuridicidade.

No mesmo segundo momento, já apurada determinada demanda social específica na área de defesa do patrimônio público, o membro do MP pode se valer do

blico. Todavia, nada impede a utilização dessas ferramentas quando já constatada a ocorrência do ato ilícito, momento em que assumirão a função de potencializadores da colheita de elementos de informação ou de coerção para a cessação da conduta ou reparação de eventual prejuízo causado.

ainda pouco instrumento do Projeto Social, para exercer a função preventiva de tutela do patrimônio público, pelo fomento à integridade, da qual se pode citar como exemplo a atuação junto às escolas municipais para a realização de atividades escolares de fomento à integridade, de controle social do orçamento municipal, de acesso à informação pública, etc.

Num terceiro instante, agora num viés mais concreto ainda e alinhado ao Planejamento Estratégico do Ministério Público, o órgão de execução pode se valer da *Recomendação*⁴⁴, cuja finalidade é, no curso de um procedimento administrativo conduzido pelo MP (ou até precedentemente a ele, em casos urgentes), identificar uma conduta efetiva ou potencialmente ilícita e propor sua correção ou evitação, tendo como fundamento as normas que regulam os fatos, as interpretações que melhor protejam o patrimônio público e a persuasão jurídica, moral e política do MP. Como não depende da vontade do agente para sua expedição e não lhe impõe nenhuma medida cominatória (multa por descumprimento), torna-se mais célere do que o TAC para os fins preventivos e delimita, de forma inicial, o elemento subjetivo do agente. Uma boa forma ilustrativa de potencializar o uso das recomendações e de não banalizar o instituto é expedi-las nos momentos de transições de mandatos executivos ou parlamentares, como forma de “reinauguração da ordem jurídica”, por meio da qual são apontadas as ilicitudes já praticadas antes por outros agentes e sugeridas medidas de readequação jurídica das condutas.

Por derradeiro, caso não acatada a recomendação, a prevenção extrajudicial pode ser levada a efeito pelo Compromisso de Ajustamento de Conduta, reduzido a termo (TAC), no qual o compromissário assume obrigações de fazer e não fazer para a adequação de suas condutas, efetivas ou potenciais (iminentes) ao Microssistema de Tutela do Patrimônio Público. Por depender da vontade do compromissário e ainda lhe impor multa cominatória em caso de inadimplemento das obrigações assumidas, geralmente demora mais para ser elaborado e para ser firmado, posto que está sujeito também a prévias negociações.

Por outro lado, nos casos de ocorrência de atos lesivos à Administração Pública nacional ou estrangeira (art. 5º da Lei n. 12.846/13) e/ou de improbidade administrativa (arts. 9º, 10 e 11, todos da Lei n. 8.492/92), com autoria e materialidade devidamente apuradas em procedimento administrativo próprio, há a possibilidade de utilização, respectivamente, do Acordo de Leniência e/ou do Acordo de Não Persecução Cível, para a promoção da prevenção a futuros ilícitos. Em ambos os instrumentos extrajudiciais de solução de conflitos e de aplicação de sanções o Ministério Público pode estipular obrigações específicas para a promoção da integridade.

⁴⁴ Fontes normativas: art. 129, II, da CR/1988; art. 27, parágrafo único, IV, da Lei nº 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público); art. 6º, XX, da Lei Complementar nº 75/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União) e Resolução CNMP n. 164/2017

No caso do Acordo de Leniência, que tem como uma de suas finalidades o fomento da cultura de integridade no setor privado, o Ministério Público⁴⁵ poderá estabelecer a obrigação de adoção, aplicação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, o que possui nítido caráter preventivo (art. 45, IV, do Decreto n. 11.129/2022).

Por fim e no mesmo sentido, no caso do Acordo de Não Persecução Cível, o Parquet pode fixar obrigações específicas que contemplem a adoção de mecanismos e procedimentos internos de integridade, de auditoria e de incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, assim como de outras medidas em favor do interesse público e de boas práticas administrativas (art. 17-B, § 6º, da LIA).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Num contexto social de relações jurídicas complexas e dinâmicas e considerando-se o atual estágio de desenvolvimento dos direitos fundamentais, bem como da estrutura e funcionamento do Ministério Público Brasileiro, a manutenção de um modelo de atuação na do patrimônio público, da probidade administrativa e da boa governança pública que se pauta prioritariamente pela repressão e pela judicialização é anacrônica, comprovadamente ineficaz e, portanto, inadmissivelmente incompatível com a missão estampada no art. 129, III, da Constituição da República de 1988.

Tal modelo tradicional de atuação, sobretudo pela desmanteladora nova sistemática da Lei de Improbidade Administrativa, é manifesta e empiricamente ineficaz, gerador de uma verdadeira “*Crise da Justiça*”, motivo pelo qual exsurge a premente necessidade de se implementar um novo arquétipo funcional que, sem abrir mão da imprescindível repressão, priorize, estratégica e metodologicamente a prevenção aos danos como novo paradigma da justiça e reforce o papel do Ministério público na construção de políticas de prevenção aos ilícitos.

São três os fundamentos para a mudança do clássico modelo de repressivo e judicializante do Ministério Público na defesa do patrimônio público para a atuação preventiva: teórico (modelo da Nova Governança Pública); normativo (Microssistema de Tutela do Patrimônio Público) e pragmático (“*Crise da Justiça*”).

A atuação preventiva do Ministério Público na defesa do patrimônio público (lato sensu) decorre de seu próprio desenho institucional, de suas incumbências como defensor da sociedade e dos princípios constitucionais republicano, democrático e da prevenção geral. Sob o aspecto do Estado Democrático de Direito, há um compromisso fulcral de implementação da transformação da re-

⁴⁵ A legitimidade do Ministério Público para firmar Acordo de Leniência foi defendida pelo Procurador-Geral da República no parecer exarado nos autos da ADI n. 5466/DF.

alidade social na busca da igualdade material, especialmente quanto ao acesso efetivo a bens e outros valores, compromisso este também assumido pelo Ministério Público, enquanto defensor do regime democrático (art. 1º e art. 127, *caput*, ambos da CF/88).

Pragmaticamente, tal necessidade decorre da irreversibilidade dos danos, da insuficiência da tutela reparatória e da comprovada ineficácia do modelo de atuação demandista-repressivo.

Em que pese exista previsão normativa sobre os mecanismos administrativos do Ministério Público e sobre a priorização da atuação preventiva (Recomendação CNMP 42/16 e a Carta de Brasília), não há metodologia específica quanto ao momento ou quanto ao modo de utilização, pelo que, à luz da Nova Governança Pública, o que propõe é uma “*escala de ação progressiva*” no uso não taxativo das Reuniões Periódicas, das Audiências Públicas, dos Projetos Sociais, das Recomendações, do Compromisso de Ajustamento de Conduta e do Acordo de Não Persecução Cível e/ou Acordo de Leniência, com a finalidade de desempenhar mais eficaz e eficientemente cumprimento da missão constitucional de tutela do patrimônio público, prioritariamente de modo preventivo.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de; GICO JÚNIOR, Ivo. Corrupção e judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção. **Revista de Direito da Fundação Getúlio Vargas**, São Paulo, Jan-Jun 2011, p. 75-98.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte, Del Rey 2008.

_____. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007.

_____. **O Ministério Público no Neoconstitucionalismo**. Perfil Constitucional e Alguns Fatores de Ampliação de sua Legitimação Social. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. **Temas atuais do Ministério Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira; BERCLAZ, Márcio Soares. *Ministério Público em Ação: atuação prática jurisdicional e extrajurisdicional*. Salvador: JusPodivm, 2010.

BRASIL. Constituição da República, de 1988. Brasília: Senado Federal, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 20. ed.

Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LINDSAY, Colin; OSBORNE, Stephen P.; BOND, Sue. The 'New Public Governance' and employability services in an Era of Crisis: challenges for third sector organizations in Scotland. *Public Administration*, v. 92, n. 1, p. 192–207, 1 mar. 2014.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Efetivação das condenações nas ações de responsabilização por improbidade administrativa: manual e roteiro de atuação – 2. ed. – Brasília: MPF, 2019.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Coord.). Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade. Equipe Gregório Assagra de Almeida... [et al.]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

GOULART, Marcelo Pedroso. Ministério Público e democracia – teoria e prática. São Paulo: LED, 1998.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

VALDÉS, Garzón Ernesto. In: LAPORTA, Francisco J.; ÁLVAREZ, Silvina (Eds.). **La corrupción política**. Madrid, Alianza, 1997.

WANIS, Rodrigo Otávio Mazieiro. A insustentabilidade sistêmica do art. 17-D da nova Lei de Improbidade Administrativa: a criação de uma ação sui generis e o retrocesso protetivo de suas consequências. *Revista do Ministério Público*, v. 83, p. 149, 2022.

BIBLIOGRAFIA UTILIZADA

ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de; GICO JÚNIOR, Ivo. Corrupção e judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção. **Revista de Direito da Fundação Getúlio Vargas**, São Paulo, Jan-Jun 2011, p. 75–98.

ALEX, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales [Theorie der Grundrechte]*. Tradução de Ernesto Garzon Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Material Coletivo*: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte, Del Rey, 2008.

_____. *O Ministério Público no Neoconstitucionalismo*: perfil constitucional e alguns fatores da ampliação de sua legitimação so-

cial. In: CHAVES, Cristiano et al.(Coord.) *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 3 ed., atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2011.

AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Jurisdicional Cautelar e Atos de Improbidade Administrativa*. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. (Org.). *Improbidade administrativa, questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Estado, Governo, Sociedade – para uma teoria geral da política*. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1994.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 7. ed. Brasília: Unb, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. Lisboa: Cadernos Democráticos, 1999.

_____. *Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos – O Direito à Emissão de Normas Jurídicas e a Proteção Judicial contra Omissões Normativas*. In: TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo (Coord.) *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *A Hermenêutica Constitucional e os Desafios postos aos Direitos Fundamentais*. Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 8. ed.

revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013.

DALLARI, Adílson de Abreu. *A Responsabilidade do Agente Político*. In: Boletim de Direito Administrativo, fevereiro de 2001.

DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue, The Theory ad Practice of Equality*. 4ª tiragem, London: Harvard university Press, 2002.

FAGUNDES, M. Seabra. Conceito de Mérito no Direito Administrativo. In: Revista de Direito Administrativo nº 23/1.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1997.

FARIAS, Luciano Chaves de; OLIVEIRA, Alexandre Albagi; GHIGNONE, Luciano Taques. *Estudos sobre improbidade administrativa*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa e crimes de prefeitos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERRAZ, Sérgio. *O Controle da Administração Pública na Constituição de 1988*. In: Revista de Direito Administrativo nº 188/64.

GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. Emerson e Rogério Pacheco Alves. 6. ed, ver. e ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GHIGNONE, Luciano Taques. In: Farias, Luciano Chaves de; OLIVEIRA, Alexandre Albagi; GHIGNONE, Luciano Taques. *Estudos sobre improbidade administrativa*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

HORTA, Raul Machado. *Improbidade e corrupção*. In: Revista de Direito Administrativo nº 236/121, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luíz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. *Improbidade administrativa*. In: Revista dos Tribunais nº 787/791, 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *A lei de improbidade administrativa*. In: Justiça, São Paulo nº 174/46, 1996.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 20. ed. rev.,

ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Improbidade administrativa: Alguns Aspectos Controvertidos*. In: *Revista de Direito Administrativo* nº 235/61, 2004.

OSÓRIO, Fábio Medina. As Sanções da Lei 8.492/92 aos Atos de Improbidade Administrativa. In: *Revista dos Tribunais* nº 766/88.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*. São Paulo: Atlas, 2002.

WANIS, Rodrigo Otávio Mazieiro. A Defesa da sociedade contra os atos de improbidade administrativa: análise crítica e desafios para a atuação eficiente do Ministério Público. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

_____. O patrimônio público como direito fundamental difuso e o ministério público como instrumento de sua proteção preventiva extrajurisdicional – aspectos teóricos e práticos. Escala de ação progressiva, Revista do Conselho Nacional do Ministério Público: improbidade administrativa/Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília. CNMP, n. 5, 2015. 232 p. Publicação anual.

_____. A Intervenção Preventiva Extrajurisdicional do Ministério Público no Combate a Corrupção – Escala de Ação Progressiva como Fator de Emancipação Social. Revista do Ministério Público/Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. 2016, Nº 59. - Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 1995 - v; 23 cm.

_____. A Consensualidade na Atuação do Ministério Público na Promoção da Responsabilização por Atos de Improbidade Administrativa frente à Independência dos Sistemas Punitivos.

_____. A insustentabilidade sistêmica do art. 17-D da nova Lei de Improbidade Administrativa: a criação de uma ação sui generis e o retrocesso protetivo de suas consequências. Revista do Ministério Público, v. 83, p. 149, 2022.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromi. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. 1. ed. 2ª triagem, revista e atualizada. Ed. Juarez de Oliveira, 2006.

ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e a efetividade do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.